

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP 13252-2015

Radicación 39038

(Aprobado en acta No. 350)

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015).

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los procesados RAMIRO PAREDES GONZÁLEZ y JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR, así como por el Delegado de la Fiscalía y la apoderada de la parte civil, contra la sentencia de 16 de diciembre de 2011 mediante la cual el Tribunal Superior de Neiva revocó parcialmente la emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Plata-Huila, que había condenado a aquéllos como coautores del delito de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, para a cambio declarar su responsabilidad penal sólo por el ilícito de peculado culposo. Igual modificación cobijó a SILVINO ALARCÓN SALAZAR al quedar condenado como interviniente del mencionado ilícito culposo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El aspecto fáctico fue presentado por los juzgadores así:

Mediante escrito anónimo se denuncia penalmente, entre otros, a los señores RAMIRO PAREDES GONZÁLEZ, en su condición de Alcalde Municipal de La Plata-Huila; SILVINO ALARCÓN SALAZAR, particular vendedor de su derecho de cuota sobre el inmueble rural denominado 'El Balsero', JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR, en su condición de asesor jurídico de la administración municipal de La Plata; ALDEMAR GUZMÁN VARGAS, en su condición de Jefe de la Unidad de Desarrollo Rural del Municipio de La Plata-Huila.

Se menciona en el escrito anónimo que durante la administración municipal de La Plata-Huila representada legalmente por el señor Alcalde RAMIRO PAREDES GONZÁLEZ, adquirió [el 12 de septiembre de 2006] un lote de terreno en la vereda El Rosal de este municipio al señor SILVINO SALAZAR ALARCÓN, del cual se cuestiona su propiedad, atendiendo a que estos terrenos han sido adjudicados por el INCORA a varios poseedores residentes en dicha vereda.

Se agrega además que se negocia el lote de terreno por una extensión que no corresponde al establecido en el folio de matrícula inmobiliaria, que la negociación fue realizada dentro de la alcaldía y sobre papeles, ya que en realidad, otros son los dueños de dicho inmueble.

La Fiscalía General de la Nación por resolución de 25 de enero de 2007 abrió investigación penal y vinculó a través de indagatoria a RAMIRO PAREDES GONZÁLEZ, SILVINO ALARCÓN SALAZAR, así

como a JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR y ALDEMAR GUZMÁN VARGAS. A los dos primeros les resolvió la situación jurídica el 22 de mayo de 2007 con medida de aseguramiento de detención preventiva como coautores del delito de peculado por apropiación.

No obstante, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal revocó la decisión, el 26 de julio de 2007, al estimar que aún no se cumplían los requisitos para tal medida, pues era necesario clarificar la extensión o cabida del lote en relación con los derechos de cuota enajenados y su valor, así como determinar si había terceros que reclamaran derechos sobre el bien.

El 1° de junio de 2010 el ente investigador nuevamente resolvió la situación jurídica de PAREDES y ALARCÓN al afectarlos con detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, como coautores del delito de peculado por apropiación, en tanto que a ÁNGEL TOVAR y GUZMÁN VARGAS como intervinientes del mismo ilícito, librando en consecuencia las respectivas órdenes de captura.

ALARCÓN fue capturado el 23 de mayo de 2007, pero el 27 de junio siguiente se le concedió la detención domiciliaria. El 2 de junio de 2010 fueron aprehendidos PAREDES y GUZMÁN, no obstante, el 24 y 31 de agosto siguiente también se les sustituyó por domiciliaria, respectivamente. En relación con ÁNGEL TOVAR nunca se hizo efectiva dicha orden.

El Concejal de La Plata Huila, Luis Emiro Pajoy, como actor civil popular, se constituyó mediante apoderado en parte civil, demanda que le fue aceptada el 23 de enero de 2007.

Clausurada la instrucción, el mérito probatorio fue calificado el 25 de octubre 2010 con resolución de acusación por el citado comportamiento punible contra el bien jurídico de la administración pública respecto de los tres servidores públicos como coautores en concurso con el de falsedad ideológica en documento público, y el particular como interviniente, decisión que adquirió firmeza en esa instancia el 11 de noviembre siguiente.

La fase del juicio la adelantó el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de La Plata-Huila, despacho que luego de evacuar la audiencia pública de juzgamiento, mediante sentencia de 17 de marzo de 2011 condenó a RAMIRO PAREDES GONZÁLEZ, ALDEMAR GUZMÁN VARGAS y JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR como coautores de los delitos de peculado por apropiación, concurriendo agravación por la cuantía, y falsedad ideológica en documento público, a las penas de setenta y dos (72) meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, así como multa de \$36.708,603, en tanto que a SILVINO ALARCÓN SALAZAR como interviniente de los mismos ilícitos, a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, mismo lapso que fijó para la inhabilitación ciudadana y multa de \$36.708.603, sin concederles la prisión domiciliar o la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Para la tasación punitiva estimó que al haber mediado reintegro parcial de dineros, ameritaba una reducción en una cuarta parte.

En virtud del recurso de apelación elevado por los defensores de los enjuiciados y por el apoderado de la parte civil, el Tribunal Superior de Neiva a través de sentencia de 16 de diciembre de 2011 revocó parcialmente la decisión al absolver a todos los procesados del delito atentatorio del bien jurídico de la fe pública y a ALDEMAR GUZMÁN VARGAS también del ilícito contra la administración pública, pero condenar a RAMIRO PAREDES GONZÁLEZ y JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR como coautores del punible de peculado culposo a las penas de ocho (8) meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa de 6.67 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en tanto que a SILVINO ALARCÓN SALAZAR como interviniente del citado comportamiento, a seis (6) meses de prisión y de inhabilitación ciudadana y multa de 5 s.m.l.m.v. En esta oportunidad el fallador tuvo en cuenta que el reintegro de bienes fue total y redujo la pena en la mitad.

Como consecuencia de ello, ordenó la libertad inmediata del beneficiado con la absolución, así como de PAREDES y ALARCÓN por pena cumplida, y respecto de JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR, quien nunca estuvo retenido por cuenta de este diligenciamiento, le otorgó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Inconformes con la determinación, los apoderados de PAREDES GONZÁLEZ y ÁNGEL TOVAR, así como el Delegado del Fiscal y el representante de la parte civil interpusieron recurso de casación y allegaron las respectivas demandas, que fueron declaradas formalmente ajustadas a derecho por auto de 23 de mayo de 2012. De las mismas se recibió el concepto del Ministerio Público el pasado 17 de julio del año en curso.

LAS DEMANDAS

En nombre de RAMIRO PAREDES GONZÁLEZ

Único cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso raciocinio

Bajo la pretensión que se emita decisión absolutoria, una vez la Corte case la sentencia impugnada, dado que su defendido no obró con culpabilidad, el impugnante denuncia la infracción

de los postulados de la sana crítica cuando el Tribunal degradó el actuar del alcalde de peculado doloso a culposo.

Explica que judicialmente se estableció que el burgomaestre no revisó la documentación relacionada con el contrato de compraventa, sin embargo, en ningún escrito se advierte con claridad que el municipio no podía comprar el 100% del lote, máxime que mediaba el estudio previo y el avalúo respecto de la totalidad del mismo y no sobre una cuota parte, asunto que para descubrirlo demandaba un juicioso estudio de títulos, para el cual no estaba capacitado su asistido.

Se muestra conforme con la conclusión del Tribunal acerca de que bajo la sana crítica cualquier persona medianamente diligente cuando va a comprar un inmueble lo visita, verifica la documentación con el fin de establecer quién lo vende, que no tenga inconvenientes legales o gravámenes, además de fijarle un precio justo, porque precisamente todas estas acciones las desplegó PAREDES GONZÁLEZ y se probó con el estudio previo, en el cual se establecían las hectáreas ofrecidas y su valor, así como por el avalúo realizado por firma AVALTEC.

En criterio del impugnante, judicialmente se achacó a su asistido actuaciones que estaban por fuera de su dominio, pues lo concerniente con la viabilidad de la compra del bien lo había delegado en funcionarios de la alcaldía, además, él mismo ordenó la rescisión del contrato de compraventa, y se obtuvo la devolución parcial del dinero en suma cercana a los \$78.000.000, siendo necesario para el resto del capital promover en contra de SILVINO ALARCÓN un proceso ejecutivo en el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de La Plata-Huila.

Finalmente, reprocha al juez plural por justificar la falta de conocimiento del alcalde para advertir el error en la fijación del valor del predio, al mismo tiempo reconocerle que depositó la confianza en sus subalternos, pero de todas formas concluir su falta de diligencia, creando así una regla de la experiencia con el fin de imputarle su omisión, en una simple responsabilidad objetiva.

Por lo tanto, solicita casar el fallo y emitir decisión de reemplazo de carácter absolutorio.

Demanda en nombre de JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR

Tras cita jurisprudencial relacionada con la presunción de inocencia, garantía que estima le fue vulnerada a su asistido, porque en su parecer no hay pruebas suficientes para emitir una decisión de condena y que por lo mismo se imponía resolver las dudas probatorias en su favor, formula los siguientes reparos:

Primer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de existencia

Denuncia la infracción de los artículos 400 del Código Penal y 232, 233, 234 y 238 de la Ley 600 de 2000, al inventar el Tribunal el medio probatorio para predicar la calidad de servidor público de su asistido, porque no hay prueba de su nombramiento, posesión o funciones específicas.

Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de existencia

Pregona la invención de la prueba demostrativa que el procesado tenía la administración, tenencia o custodia de los bienes del municipio confiados a él por razón o con ocasión de sus funciones y que por su culpa se extraviaron o perdieron, pues no se acreditó que estuviera encargado funcionalmente de la disponibilidad jurídica de los recursos públicos, toda vez que era el alcalde, como representante legal del ente municipal y ordenador del gasto, quien estaba debidamente facultado por la constitución y las leyes para contratar.

Por ello, pide que su asistido sea exonerado de responsabilidad penal, una vez la Corporación case la decisión de segundo grado.

Tercer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de existencia

Anuncia que el juez colegiado supuso la prueba del estudio jurídico de los títulos, pues nunca fue aportado, máxime que el a quo reconoció que ÁNGEL TOVAR no firmó algún documento, lo cual está acorde con lo manifestado por él en la indagatoria cuando a la pregunta de si intervino para establecer las condiciones del negocio, contestó: «No señor, me limité a revisar el certificado de tradición».

En concepto del casacionista, el Tribunal confundió el estudio jurídico de títulos con los estudios previos de contratación y con el concepto verbal del certificado de tradición.

En suma al estimar que no hay certeza de la conducta estructuradora del delito de peculado culposo, ni menos de la responsabilidad de su asistido, solicita que en aplicación del principio de resolución de duda se le exonere de responsabilidad.

Cuarto cargo: Falta de consonancia de la sentencia con la resolución de acusación

Al amparo de la causal segunda de casación señala que la sentencia no está en congruencia con la resolución de acusación en cuanto al aspecto fáctico del delito de peculado por apropiación, porque en la calificación se precisó que el predio adquirido por el municipio había sido previamente adjudicado por el INCORA a 4 o 5 familias y no existía materialmente, además, que la venta de cuota parte era delito, sin abordar el estudio jurídico del lote, ni cuestionar el avalúo del mismo o el precio pagado, en cambio, los fallos modificaron el núcleo de los hechos.

Que incluso el Tribunal no dio respuesta a ese tema expuesto en el recurso de apelación y terminó alterando la base fáctica al sustentar la condena en que el valor excedía con creces la real estimación del inmueble.

Expone que la estrategia defensiva se ahincó en demostrar la existencia física del lote y sus linderos, que la propiedad del mismo se acreditaba con el folio de matrícula inmobiliaria y con las escrituras públicas, y que no aparecía algún registro de adjudicaciones hechas por el INCORA, en suma, que documentalmente no se avizoraba problema o gravamen que impidiera su enajenación, pero que al abordar el ad quem el tema del precio, sorprendió a los procesados, pues el mismo no había sido cuestionado en la resolución de acusación.

Pone de presente que la Fiscalía no fue diligente en su labor investigativa, ni siquiera con el llamado de atención que hizo la Unidad Delegada ante el Tribunal para que se hiciera una inspección judicial tendiente a clarificar la extensión o cabida del inmueble, así como un dictamen a fin de establecer su valor comercial y de la proporción de la cuota enajenada, pues tales pruebas nunca fueron practicadas.

Igual falta de congruencia la predica del delito de falsedad que en la acusación se basó por la anotación en la escritura pública de una extensión del lote que no correspondía a la negociada, en tanto que el juez colegiado la fundamentó en la cláusula relacionada con la entrega del bien.

En este orden, añada que no hubo una investigación integral, lo cual incidiría en el proceso.

Quinto cargo:

Con los mismos argumentos del anterior reparo, al insistir en la falta de congruencia de los fallos con la resolución de acusación, denuncia la violación de la ley deprecando una sentencia de absolución, una vez la Corte case el fallo impugnado.

Para el fin anterior, asevera que la falta de diligencia de la Fiscalía en el recaudo probatorio, conllevó a que no se desvirtuara la presunción de inocencia, ni se demostrara la culpabilidad de su asistido.

En nombre de la Fiscalía

Primer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso raciocinio

Para la representante del ente investigador, aunque el lote tiene vida jurídica con el folio de matrícula inmobiliaria, no existe materialmente, por cuanto está siendo ocupado por varios adjudicatarios del INCORA e INCODER.

Detalla que SILVINO ALARCÓN ofreció en venta 200 de las 223 hectáreas y 2000 metros que tenía el predio, pero como según folio de matrícula inmobiliaria era dueño conjuntamente con Flora María Ortiz, sólo podía disponer de la mitad.

Concluye que se adquirió así un bien por \$115.476.603, superior al valor comercial y al que había pagado SILVINO SAZALAR seis meses atrás cuando lo adquirió en \$8.000.000,00, bien que por demás tenía problemas que dificultaban su real goce.

Segundo cargo: Violación directa de la ley sustancial

Denuncia el error de selección normativa al variar la tipificación de peculado por apropiación al culposo y absolver por la falsedad ideológica en documento público, porque los procesados como servidores públicos y el particular que ofreció en venta el lote, permitieron que salieran de las arcas municipales \$115.478.603 bajo la compra de un inmueble que, aunque tenía vida jurídica en documentos, no la tenía físicamente, máxime que sólo se podían comprar derechos de cuota.

Para la fiscal, la conducta de los servidores estatales al satisfacer los intereses de un tercero, estuvo encaminada a apropiarse de dineros públicos, con el agregado de afirmar falsamente en la escritura pública que se tenía por recibido el lote a entera satisfacción.

Que por su parte, ALDEMAR GUZMÁN consignó falsedades en el estudio previo al recomendar la compra del lote, así como en el informe dirigido al Concejo Municipal cuando aseveró que divisó el predio y que SILVINO ALARCÓN le señaló los linderos al hacer la entrega respectiva, pues señaló un lote diferente, porque el juzgado civil sí lo ubicó.

En tanto que ÁNGEL TOVAR aunque no suscribió la escritura pública, sí elaboró la minuta con declaraciones contrarias a la verdad y determinó al burgomaestre a realizar la conducta, por ello, es coautor de la misma.

Demanda en nombre del apoderado de la parte civil

Único cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de existencia

Denuncia que no fueron valoradas las siguientes pruebas, las cuales demostraban la inexistencia física del lote:

Testimoniales

.-De Acisclo Embus Hernández, demostrativa que el inmueble no existe, así como la de su hija, Rosario Embus Ramírez cuando dijo que la propiedad “era como ficticia, no tenía la escritura”, pero que siempre aquél fue el dueño.

-. De Daniel Moreno Chavarro, quien aseveró que en la región no hay fincas de 200 hectáreas y que la mayoría son de 10 a 40 hectáreas.

-. De Luis Antonio Pisso que ratificó al anterior, precisando que los lotes existentes ya tienen dueño acreditados con títulos.

.-De Jairo Gómez Escamilla, propietario de la firma AVALTEC que avaluó el inmueble, e indicó que nunca fue medido, pues los datos fueron tomados del folio de matrícula inmobiliaria.

Para el libelista, es sospechoso que SILVINO ALARCÓN le comprara a Rosario Embus el 17 de marzo de 2006 y en esa misma fecha solicitara a AVALTEC el avalúo con destino a la Alcaldía Municipal.

Y que también debió llamar la atención del Tribunal que en la escritura de compra del citado 17 de marzo de 2006 la superficie del lote era de 40 hectáreas, estimada en \$4.180.000,00 y el valor de la enajenación fue de \$20.000.000.00.

.-De Jesús Eduardo Tumiña, quien poseía un predio de 38 hectáreas adjudicado por el INCORA, y dijo no conocer a SILVINO ALARCÓN ni a Rosario Embus y que en la región no había predios de 200 hectáreas.

.-De Urbano Ortiz Ramírez cuando afirmó tener un lote por más de 24 años heredado a su padre Fidel Ortiz y que no conoce a Rosario Embus o Acisclo Embus.

.-De Jaime Rubiano cuando dice que él no confrontó personalmente el área y linderos.

- De Eney Alirio Muñoz, Urbano Ortiz, Jesús E. Tumiña, Daniel Moreno, Humberto Rodríguez, Gerardina Pillimue, Filiberto Pisso, Marco Fidel Tombe, Luis A Pisso y Clemencia Rojas, quienes aportaron sus títulos de propiedad por adjudicación del INCORA, así como los folios de matrícula de esos predios.

.-De Alba Luz Castro prueba que acreditaría que Acisclo Embus no entregó ninguna posesión o propiedad a SILVINO ALARCÓN y por eso éste no podía realizar la entrega del bien al municipio.

.-De Jhon William Lozada y Francisco Julián Columbe, cuando en la inspección judicial se evidenció la imposibilidad de encontrar un solo metro del lote «El Balsero».

Inspecciones judiciales

.-A las instalaciones de la Secretaría de Hacienda de La Plata demostrativa que ALARCÓN devolvió parte del dinero de la compraventa y lo hizo porque en realidad el predio no existía.

.-De la Contraloría General de la República en la vereda El Rosal estableciendo que el lote no existe.

- Realizada por funcionarios del CTI el 13 de marzo de 2008, en la cual intervino ALDEMAR GUZMÁN y mostró el predio, pero mediante planos cartográficos, fotografías aéreas y verificación del sitio con localizador GPS se concluyó que el predio no existe.

-La de confrontación de linderos por parte del CTI, que corrobora la inexistencia del fundo.

.-A las instalaciones de la Secretaría de Gobierno realizada por las investigadoras Teresa Gutiérrez y Legny Constanza Lozada, quienes establecieron que para la compraventa del lote no se hizo un estudio técnico y no hay más propuestas, sólo la de SILVINO ALARCÓN.

Indagatorias:

.-De RAMIRO PAREDES GONZÁLEZ por las contradicciones en que incurrió, pues generalmente quien compra un bien se cerciora que los documentos estén en regla, no medien gravámenes, más cuando el Alcalde era administrador público y se había desempeñado como Contralor Municipal, Gerente de Comfamiliar y de la entidad bancaria Confiandina.

.-De JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR, quien refirió que SILVINO ALARCÓN para no tener problemas con el municipio llegó al acuerdo de deshacer el contrato de compraventa, lo cual se hizo a través de una transacción, devolviendo parte del dinero precisamente por la inexistencia del inmueble.

.-De SILVINO ALARCÓN, cuando dijo que fue asaltado en su buena fe por parte de Acisclo Embus, quien no le dijo de las adjudicaciones del INCORA, porque en el folio de matrícula claramente se anota que es transacción de derechos de cuota.

Documentales:

.-Escritura pública 919 del 12 de septiembre de 2006 de la Notaría de la Plata, al incluir que «se tiene por recibido el inmueble objeto del presente contrato a su entera satisfacción», ya que es una falsedad al no haber sido entregado ni al municipio, ni a la comunidad, porque no existía.

.-Escritura pública 1329 de 15 de diciembre de 2006 de la Notaría de La Plata, demostrativa que el vendedor carecía de la libre disposición del inmueble.

.-Estudios previos a la contratación elaborados por ALDEMAR GUZMÁN que no mencionan otras ofertas, de lo cual se establece que sólo se buscó beneficiar a SILVINO ALARCÓN SALAZAR.

.-Acta de secuestro del bien inmueble practicada por el Juzgado Único Civil Municipal de La Plata. Al momento de la diligencia indicaron que el lote podría existir pero a una distancia de 10 kilómetros del lugar, con lo cual concluyó erradamente el Tribunal que sí existe.

Por lo tanto, solicita que los procesados sean condenados por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento público, pero SILVINO ALARCÓN SALAZAR como determinador de los mismos, redosificando las penas al incluir el aumento previsto en la Ley 890

de 2004 y las causales de agravación previstas en los numerales 9° y 10° del artículo 58 del Código Penal, por ser objetivas, así como aumentar la pena de multa y actualizar el valor de perjuicios.

Alegatos de oposición

El defensor de ALDEMAR GUZMÁN VARGAS y SILVINO ALARCÓN SALAZAR, como sujeto procesal no recurrente, tras reparar en aspectos formales de los libelos, se opone a las pretensiones de los demandantes.

Respecto del presentado en nombre de PAREDES GONZÁLEZ lo considera desafortunado, porque en el juicio se acreditó la negligencia con la que obró.

Que igual sucede con el formulado en representación de ÁNGEL TOVAR, pues el demandante se dedicó a cuestionar la calidad de servidor público del procesado, desconociendo que éste en la indagatoria admitió que fue asesor jurídico de la alcaldía.

En cuanto a la demanda elevada a nombre de la parte civil, destaca que en desarrollo de la audiencia pública se probó la existencia material del lote, pues la Juez Civil Municipal de La Plata, en tres días lo localizó sin advertir actos que permitieran afirmar la posesión material.

Finalmente, respecto de la demanda de la Fiscalía señala que también incumple los lineamientos del falso raciocinio y que en el cargo por violación directa de la ley sustancial, por el cambio de peculado doloso a culposo, no respeta los hechos ni la estimación probatoria de los juzgadores.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

Es partidaria la Delegada del Ministerio Público que conforme a la petición de la Fiscalía, se case la sentencia y se emita decisión de reemplazo en la cual sean condenados los enjuiciados por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

De manera preliminar, anuncia que como el término de prescripción de la acción penal para el delito de peculado culposo es de cinco años, ese lapso se cumpliría para todos los procesados el 25 de octubre de 2015.

Seguidamente, tras hacer un esquema de la tradición del lote, emite su concepto así:

Demanda en nombre de RAMIRO PAREDES GONZÁLEZ

Estima que la censura no está llamada a prosperar, ya que la regla de la experiencia esbozada por el defensor consolida la responsabilidad del alcalde, porque en efecto cualquier persona medianamente diligente, visita el bien a comprar para verificar si existe, revisa la documentación a fin de establecer quién es el dueño y si va a adquirir la totalidad o una cuota parte, aspectos que los procesados no verificaron ni en los estudios previos, ni en el avalúo, ni menos en la entrega material del lote.

Que la delegación de funciones del alcalde a sus subalternos no lo exonera de responsabilidad, dada su omisión al deber de cuidado que como custodio de los recursos municipales le incumbía, además, al ser administrador público, con especialización en finanzas públicas, no puede afirmarse que carecía del conocimiento de los asuntos necesarios para la compra de un bien inmueble, por ello, debió actuar más cuidadosa y diligentemente.

Para la Delegada, el predio existe documentalmente, pero no se logró determinar su ubicación, situación que hubiera advertido el procesado de haberlo visitado, tras percatarse de las irregularidades documentales.

En último lugar, indica que la responsabilidad por la malversación de los bienes municipales es compartida, ya que la viabilidad de la compra fue determinada por funcionarios subordinados de la administración municipal.

Demanda a nombre de JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR.

Expone que las censuras tampoco pueden tener éxito, porque el procesado sí tenía la calidad de servidor público, pues en el informe de gestión de 2004 a 2007 al describir las dependencias de la alcaldía municipal y funcionarios aparece ÁNGEL TOVAR, además, él mismo admitió en su indagatoria que se desempeñó como asesor jurídico.

Concerniente a la administración, custodia o tenencia de los bienes públicos, expone que para el Tribunal la conducta no radicó en ello, sino en el actuar negligente porque no realizó un estudio jurídico a los títulos que habría permitido concluir que el municipio no podía celebrar el negocio jurídico pagando un precio superior al valor real del inmueble.

Y tocante al estudio jurídico de los títulos que el censor echa en falta, asevera la Procuradora que según ÁNGEL TOVAR revisó los estudios previos de contratación elaborados por el ingeniero ALDEMAR GUZMÁN, el avalúo, unas fotografías, la escritura pública y el certificado de tradición, luego sí hubo un estudio jurídico de títulos, aunque incompleto y sin constar por escrito, pues como lo indicó el alcalde RAMIRO PAREDES, la viabilidad jurídica de la compraventa fue hecha por el asesor jurídico de manera verbal.

En relación con la falta de consonancia de la sentencia con la resolución de acusación, indica que ésta para predicar el peculado por apropiación se fundamentó en que el predio adquirido había sido adjudicado por el INCORA a 4 o 5 familias, no existía materialmente y la venta de derechos de cuota era delito. En tanto que el ilícito de falsedad fue por haber consignado en la escritura pública una extensión que no corresponde a la negociada, aspecto último que no tendría trascendencia, porque a ARLEY se le absolvió de ese delito.

Pero que el Tribunal no expuso argumentación respecto del peculado por apropiación acerca de que el predio no existía o que fuera adjudicado al INCORA, al soportar la condena en la negligencia y falta de pericia para promover un concepto favorable a los intereses de la administración, sin embargo, la Delegada difiere el análisis de esta censura al abordar la planteada por la

representante de la Fiscalía respecto de la degradación del delito de peculado por apropiación a culposo.

Demanda a nombre de la Fiscalía

Primer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso raciocinio

Considera que el reproche no debe prosperar, porque lo manifestado por la demandante no concuerda con la prueba obrante, ya que del estudio de títulos se pudo verificar que «SILVINO ALARCÓN compró la totalidad del lote El Balsero que corresponde a una cuota del lote El pensil, el que a su vez surge de la unión de varios predios pertenecientes a la partición del antiguo predio de Chiquilambre, que las medidas son las mismas del contrato de compraventa celebrado con la alcaldía de La Plata Huila, que efectivamente lo que él vende no es la totalidad si no una cuota parte», la cual no se especificó si estaba vinculada a una porción del lote o si en caso de permanecer la propiedad común y pro indiviso a cuánto ascendía el porcentaje de cuota enajenado.

Insiste la Delegada en que el lote existe documentalmente, pero no se sabe dónde está ubicado ante las deficiencias en las labores de verificación de los investigadores, porque si hubieran allegado las escrituras se habría podido hacer un estudio completo de la tradición o determinar en qué parte de la historia del bien se confundieron sus coordenadas.

Segundo cargo: Violación directa de la ley sustancial

Para la representante del Ministerio Público, la variación jurídica de peculado por apropiación a peculado culposo fue inadecuada, pues no se trató simplemente de un actuar descuidado de los funcionarios en el manejo de los bienes públicos.

En tal sentido, avala la postura de la representante del ente acusador, porque desde el alcalde y sus colaboradores se articuló un plan para consolidar una negociación con apariencia de legalidad encaminada a facilitar el desembolso de los recursos estatales, que los hace responsables del delito en su modalidad dolosa.

Que se acudió así a la adquisición de un bien específico para un proyecto de conservación de nacedores de agua, pero no se verificó si dicho predio era adecuado, pues ninguno de los procesados efectuó visita al mismo para establecer su existencia real y material, lo cual no se traduce en un simple desgreño administrativo, sino en la forma de garantizar al vendedor el obtener los recursos del municipio.

También muestra su acuerdo con modificar la absolución de ALDEMAR GUZMÁN VARGAS ya que intervino en la cadena de coautores y su accionar resultaba indispensable para el

perfeccionamiento del punible, pues sin el estudio previo, plagado de mendacidad el cual viabilizaba la negociación, ésta no se hubiera podido efectuar.

Que igual suerte ha de correr SILVINO ALARCÓN por tratarse de un interviniente doloso.

Y en cuanto al delito de falsedad en documento público, estima que el cargo debe prosperar respecto a RAMIRO PAREDES y JOSÉ ARVEY ÁNGEL, pues si el Tribunal estimó que la frase colocada en la escritura pública de haber recibido a satisfacción el bien, es la que se acostumbra a incluir en las escrituras y no tenía la capacidad de lesionar o poner en peligro otros intereses derivados de la fe pública, desconoció que precisamente no se recibió el fundo porque se desconocía su ubicación.

Referente a las afirmaciones mendaces de ALDEMAR GUZMÁN VARGAS por consignar dentro del estudio previo una visita en compañía de SILVINO ALARCÓN al predio y verificación de los nacimientos de agua, cuando se acreditó que ninguno de los dos hizo la visita al lote sino a otro terreno, también debe prosperar la censura y proferir, en consecuencia, sentencia de condena en su contra.

Demanda en nombre de la parte civil

Encuentra que el cargo basado en las pruebas que echa de menos el demandante, no tiene vocación de éxito.

Que de la declaración de Acisclo Embus Hernández acerca de la existencia del predio, contradictoriamente el libelista busca demostrar que el mismo no existe, y que si bien Rosario Embus aseveró que las «propiedad era como ficticia», ello sólo quiere significar que la titularidad en cabeza de la declarante era aparente.

Reitera que el lote existe en documentos, pero físicamente no hay claridad de su ubicación y un adecuado manejo investigativo habría permitido acreditar sus verdaderas coordenadas.

Que tampoco es dable afirmar que el INCORA adjudicó el predio a terceras personas, de ahí que las declaraciones de quienes aparecen como adjudicatarios de ese instituto no sean relevantes, porque Héctor González Triviño Coordinador del Grupo Técnico Territorial del INCODER-Neiva, por medio del oficio OET-8530 manifestó que la entidad no tiene alguna relación con el lote N°6 «El Balsero» ubicado en La Plata-Huila.

Aduce que por lo mismo, ninguno de los declarantes puede considerársele como víctima, ya que el predio no tiene que ver con los baldíos adjudicados.

Para la Delegada, SILVINO ALARCÓN al ser propietario de 223 hectáreas y 2000 metros podía venderlos en su totalidad y no sólo el 50% como lo enfatiza el apoderado de la parte civil, de ahí que sean ineficaces las pruebas que cita el demandante para acreditar que el vendedor no podía disponer de todo el bien.

Que no corresponde a la realidad la afirmación del impugnante acerca de la fecha del avalúo del lote realizado por la firma AVALTEC, ya que no es del 17 de marzo de 2006, fecha de la compra del bien por SILVINO ALARCÓN, sino que corresponde al 27 de julio de la misma anualidad, además, tampoco es cierto que SILVINO comprara sólo 40 hectáreas, porque según la escritura fueron 223 y 2000 metros cuadrados.

Añade que son apreciaciones personales las del recurrente acerca de que la devolución del dinero obedeció a que el predio no existía, ya que frente al peculado existe la posibilidad de la rebaja punitiva por tal evento.

Concluye que como el predio tiene una tradición de hace aproximadamente 100 años, en algún momento la vereda o lugar de ubicación se confundió o cambió su nombre, ya que no se sabe con precisión si la vereda El Rosal se llamaba antes Estrella o cambió su nombre, cuestionamientos que no se dilucidaron.

Que lo anterior es concordante con el acta del Juzgado Único Civil Municipal de La Plata cuando se anota que al llegar a la «Zanja del Diablo», no corresponde con la descrita en los linderos del predio «El Balsero» comienzan en la «Zanja del infierno», más arriba de donde se llevó a cabo la diligencia de inspección «por lo tanto las manifestaciones de la no existencia del predio son como mínimo inexactas, y con base en ellas no podemos concluir la inexistencia del predio, argumentos que nos arrojan como resultado la inviabilidad de las censuras».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Precisiones iniciales

1. De la prescripción de la acción penal

La Delegada del Ministerio Público alerta que la acción penal derivada del delito de peculado culposo por la cual optó el Tribunal, prescribe para todos los procesados el próximo 25 de octubre, dado que al tener una penalidad de uno (1) a tres (3) años, el término mínimo de cinco (5) años se cumpliría en esa fecha.

Sin embargo, parte de dos premisas erradas: sólo toma en cuenta la fecha de emisión de la resolución de acusación (25 de octubre 2010), sin considerar que tal proveído adquirió ejecutoria el 11 de noviembre siguiente, pero principalmente, pasa por alto que la situación no puede ser igual para todos los enjuiciados habida cuenta que algunos de ellos ostentan la calidad de servidores públicos.

Ciertamente, el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, según lo normado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, opera durante la etapa instructiva si transcurre un término igual al máximo de la sanción privativa de la libertad establecida en la ley, pero en ningún caso en un lapso inferior a cinco (5) años, ni superior a veinte (20) años.

De la misma manera, conforme con el artículo 86 del mismo ordenamiento, tal término se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación y comienza a contarse nuevamente por

un tiempo igual a la mitad del establecido para la etapa de instrucción, sin que pueda ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10), con las salvedades de ley que ha precisado la jurisprudencia.

Una de las excepciones a tal límite de prescripción es cuando la conducta es cometida por servidores públicos en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas en cuyo caso, de acuerdo con el inciso 5° del citado artículo, el término prescriptivo debe aumentarse en una tercera parte[1], de manera que tanto en la instrucción como en el juicio no puede ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, resultado de aplicar tal incremento al lapso mínimo de cinco (5) años.

En este orden, respecto del Alcalde municipal de La Plata-Huila, RAMIRO PAREDES GONZÁLEZ; el Jefe de la Oficina Jurídica, JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR; y el Director de la Unidad de Desarrollo Rural, ALDEMAR GUZMÁN VARGAS al tener la condición de servidores públicos y haber sido condenados como coautores del delito de peculado culposo, el lapso de prescripción no puede ser menor a seis (6) años y ocho (8) meses, y si la resolución acusatoria cobró ejecutoria el 11 de noviembre de 2010, a partir de esa fecha se impone contar el citado término prescriptivo, el cual se cumpliría el 11 de julio de 2017.

Situación diferente es la de SILVINO ALARCÓN SALAZAR ubicado como interviniente al carecer de la cualificación exigida por el referido punible, de manera que para él sería predicable el límite mínimo de los cinco (5) años, que se cumpliría el próximo 11 de noviembre del año en curso.

Los anteriores cálculos no impiden la ampliación de los límites prescriptivos tratándose del delito de peculado por apropiación al tener una mayor pena de prisión, por el cual abogan los representantes de la parte civil y de la Fiscalía en sus demandas, el cual motivó la resolución de acusación en contra de los procesados y su condena en el fallo de primer grado.

2.-De la calidad de servidor público cuestionada

Pese a que el ente investigador no se tomó el trabajo de acreditar documentalmente la calidad de servidor público de JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR, como lo destaca la Procuradora, en el informe de gestión de la Alcaldía del período 2004 a 2007 al describir las dependencias aparece él como «Jefe Oficina Asesora de Jurídica», además, según las manifestaciones del Alcalde aquél era el encargado de las labores de esa oficina.

Por su parte, el propio ÁNGEL TOVAR[2] en su indagatoria admitió haberse desempeñado como asesor jurídico del ente territorial, y en cuanto al asunto en estudio explicó que revisó la documentación sobre el inmueble como escritura y folio de matrícula inmobiliaria necesarios para hacer la negociación, pero que luego ante los problemas surgidos con la comunidad que alegaba posesión, en desarrollo del artículo 68 de la Ley 80 de 1993 que contempla mecanismos ágiles de solución de controversias contractuales se hizo la transacción para deshacer la compraventa, claras funciones públicas que lo hacen tener como sujeto activo de los delitos, (Recuérdese que los los servidores públicos son quienes cumplen funciones estatales de acuerdo con los artículos 121 y 122 de la Carta).

De manera que no se discute que el Alcalde y sus dependientes (asesor jurídico y jefe de la unidad de desarrollo rural), como sujetos activos de las conductas investigadas tenían relación jurídica con los bienes oficiales, la cual no necesita una asignación de competencias, sino que está vinculada al ejercicio del deber funcional y aquí las decisiones que adoptaron tenían que ver con la disposición de recursos públicos, luego formalmente podían incurrir en los delitos contra el patrimonio estatal que exigen cualificación del sujeto activo.

De otro lado, en cuanto al tema documental, como lo determinante para la naturaleza pública no es el destino, fin o interés general que tenga, sino su fuente, esto es, que su formación o creación provenga del ejercicio de las funciones oficiales, como a los servidores estatales les es

propia la función documentadora, de ahí que tengan el deber de ceñirse estrictamente a la verdad, esto es, consignar datos verídicos en los actos y escritos que expidan, también los citados procesados pueden incurrir en el delito de falsedad ideológica en documento público.

3.-De las demandas

La Corporación advierte que al haber sido admitidos los libelos implica superar las falencias técnicas a las que alude el sujeto procesal no recurrente en su alegato de oposición, por ello, como claramente se plantean tres vertientes: i) La tesis del delito de peculado por apropiación en concurso con falsedad ideológica en documento público que adoptó el a quo; ii) La del peculado culposo prolijada por el Tribunal; y iii) La decisión absolutoria que pretenden los defensores de dos de los procesados, el estudio se hará bajo las siguientes líneas argumentales trazadas en las instancias, que coinciden con las expuestas por los impugnantes:

i) La existencia o no física y documental del lote N° 6 denominado «El Balsero», objeto del contrato de compraventa.

ii) La categoría de baldío del predio ante los actos administrativos del INCORA adjudicándolo a varias personas, o su condición de bien privado.

iii) La venta de derechos de cuota que le impedía tanto al vendedor disponer de la totalidad del bien, como al municipio el pagar el 100% del mismo.

Previamente es aconsejable precisar aspectos relacionados con la historia y tradición del inmueble:

1.-En el folio de matrícula inmobiliaria 204-0004670 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de La Plata-Huila el predio denominado «El balseiro» 3, con cédula catastral N° 00-00-3-002-0118, aparece la anotación de la escritura pública 210 de 12 de julio de 1960, de la Notaría Única de esa localidad, por la partición de la comunidad del lote «El Pensil», antigua comunidad de Chilicambe adjudicándolo a Flora María Ortiz de Castañeda y Acisclo Embus Hernández.

Dicho predio se distingue como el lote N° 6 de la partición, del punto del pensil, fracción de la Estrella jurisdicción del municipio de La Plata, el cual limita así: «Partiendo de un mojón situado en la zanja del Infierno y que sirve de lindero para éste lote N° 2 de Luis Alberto Chaux y lote N° 2 de la antigua partición de Chilicambe, se sigue lindando con el nombrado Chaux con azimut de 3° 30' hasta una distancia de (640) metros donde hay un mojón, de aquí se sigue 337° 30' hasta una distancia de (590) metros donde hay un mojón que sirve de lindero para éste lote el N° 7 de Alsonsa Chantre y el N° 4 de Fernando Polo: luego con azimut de 296° 30' hasta una distancia de (410) metros donde hay un mojón, de aquí se sigue con 15° 0' hasta una distancia de (350) metros donde hay un mojón que sirve de lindero para éste lote el N° 4 del citado Polo y el N° 5 de Alfonso Chantre, lindando en los anteriores trayectos con el lote N° 4; de aquí se sigue con azimut de 320° 15' y una distancia de (430) donde se colocó un mojón, de aquí con azimut de 346° 45' y distancia de (290) metros donde hay un mojón que sirve de lindero para este lote y el N 2 de la antigua partición de Chilicambe; luego con azimut de 195° 30' hasta una distancia de (730) metros donde hay un mojón, luego con 140° 30' y una distancia de (920) metros hasta donde hay un mojón; de aquí se sigue con 135° 45' y una distancia de (1.100) metros a otro mojón: de aquí se sigue con 108° 30' y una distancia de (480) metros hasta donde se halla el primer lindero tomado como punto de partida, lindando en los anteriores trayectos con el lote N° 2 de la primitiva partición de Chilicambe adjudicado a Simón Borrero».

Según anotación, mediante escritura 511 de 14 de junio de 1991 Acisclo Embus Hernández transfirió sus derechos de cuota a Leonardo Muñoz Echeverry, y éste a su vez, por instrumento público 369 de 2 de mayo de 1992 los transfirió a Rosario Embus Ramírez (hija del primero).

También se registró la escritura 806 de 6 de septiembre 1993 mediante la cual Rosario Embus Ramírez arrendó parcialmente sus derechos de cuota a su hermana Ana Ruth Embus Ramírez.

Y por instrumento 228 de 17 de marzo de 2007 también de la Notaría Única de La Plata-Huila se canceló el anterior contrato de arrendamiento y a la par Rosario Embus le vendió a SILVINO ALARCÓN SALAZAR el derecho de cuota sobre el globo de tierra «El Balsero» ubicado en la vereda El Rosal, antes Vereda La Estrella, jurisdicción del citado municipio, con una superficie de 223 hectáreas, 2000 metros cuadrados, por valor de \$20.000.000,00.

Mediante escritura pública 919 de 12 de septiembre de 2006 SILVINO ALARCÓN vendió al municipio de La Plata, representado por su Alcalde RAMIRO PAREDES GONZÁLEZ «una parte de los derechos de cuota radicados en el predio denominado lote N° 6 El Balsero» ubicado en la vereda El Rosal, jurisdicción de esa municipalidad, con superficie de doscientos veintitrés hectáreas dos mil metros cuadrados, por valor de \$115.478.603,00.

2.-En este último instrumento público se plasmó que se tenía por recibido el inmueble a entera satisfacción y que el municipio lo adquiriría para destinarlo a la reforestación y conservación de microcuencas, pero luego, sin haber sido registrada la aludida compraventa, ante el reclamo de algunas personas que alegaban ser beneficiarias de titulación por parte del INCORA, el Alcalde RAMIRO PAREDES y SILVINO ALARCÓN, el 15 de diciembre de 2006, acordaron mediante una transacción rescindir el contrato dado que el vendedor «no pudo cumplir con la obligación de entregar saneado el acto contractual, toda vez que la posesión se encuentra en controversia con tenedores por título administrativo adjudicados por el INCORA», y suscribieron la escritura pública

1329, con la cual declararon cancelada y sin ningún efecto la suscrita el 12 de septiembre de la misma anualidad.

En principio, el vendedor devolvió \$79.248.603,00 y para el resto del dinero fue necesario que el municipio le adelantara un proceso ejecutivo que cursó en el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de La Plata, demanda instaurada el 16 de mayo de 2007 por un monto de \$40.230.000. En ese trámite, el 27 de junio siguiente se ordenaron medidas cautelares de embargo y secuestro del referido inmueble.

Finalmente, SILVINO ALARCÓN reintegró a las arcas municipales el dinero que había recibido por la enajenación, según consignaciones de 7 de mayo de 2009 y 6 de abril de 2011.

3.-La Contraloría Departamental del Huila promovió en contra de los servidores públicos dos investigaciones fiscales en relación con el aludido contrato de compraventa, así como por el de transacción, las cuales fueron archivadas el 28 de diciembre de 2007 y 26 de enero de 2010, ésta última ratificada en consulta el 5 de abril siguiente.

En primer lugar, tal como lo pone de presente la Delegada del Ministerio Público en su concepto, con lo cual le otorga razón al defensor de JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR, son patentes las deficiencias investigativas relacionadas con la acreditación de la existencia física, cabida, linderos y un estudio de la tradición del lote cuestionado, porque incluso las varias misiones encomendadas al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía con tal fin y para que se estableciera si habían terceros que reclamaran derechos sobre el mismo, arrojaron solamente confusión.

La tesis del ente acusador para proferir resolución de acusación en contra de los procesados por el delito de peculado por apropiación (sin predicar la circunstancia de agravación por razón de la cuantía), fue que según los informes del CTI 1867 de 28 de junio de 2007, 1765 de 8 de noviembre de 2007, 548 de 22 de octubre de 2008 y 154 de 26 de marzo de 2008 «se estableció que no existe el predio 'El Balsero' y los linderos que aparecen consignados en las escritura 919 de 12 de septiembre de 2006 no corresponden a sitios señalados...Se tiene además que inspeccionados los predios que según el Instituto Geográfico Agustín Codazzi colindan con el predio antes mencionado, se halló que materialmente no existe. Concluyéndose que los predios inspeccionados que se encuentran en la vereda 'El Rosal' fueron terrenos baldíos pero que en el año 80 fueron adjudicados por el Incora a sus tenedores».

Evidentemente, una primera inspección judicial, postergada ante la imposibilidad de obtener apoyo de seguridad y protección por parte del Batallón del Ejército Pigoanza de Garzón-Huila, dado que la zona es considerada de orden público, al practicarse el 13 de noviembre de 2007, concluyó que «en la vereda 'El Rosal' no existe predio denominado EL BALSERO».[3]

Para tal diligencia, que contó con la colaboración de Francisco Colunje, funcionario del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, se determinó que los linderos consignados en la escritura pública N° 912 del 12 de septiembre de 2006 mediante la cual la alcaldía adquirió el inmueble «No corresponde a sitios ubicados en la vereda El Rosal, sino muy posiblemente a predios ubicados en la vereda chilicambe, la cual está ubicada a unos 13 a 14 kilómetros de la Vereda "El Rosal, existiendo de por medio varias veredas como Los Alpes, El cedro, Limón, La Estrella y bajo Rosal».

También se dejó constancia que según el citado funcionario de catastro, había un error en la información que manejaba el instituto geográfico y que era necesario precisar con el INCODER los predios adjudicados.

Una segunda inspección de 15 de octubre de 2008, destinada también a establecer los linderos, evidenció que ello debía ser realizado «por una comisión de topografía durante varios días, debido al gran número de hectáreas que comprende el predio y a la difícil topografía del sector».[4]

Sólo la acuciosidad de la Juez Civil Municipal de la Plata, en cumplimiento de la comisión conferida por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de esa localidad, para hacer efectiva la medida cautelar de embargo de los derechos de cuota que tuviera SILVINO ALARCÓN sobre el predio, ordenada el 15 de junio de 2010 dentro del proceso ejecutivo que promoviera el Municipio en contra de éste[5], logró ubicarlo y precisar sus linderos.

Efectivamente, según el acta de 31 de agosto de 2010 del Juzgado Único Civil Municipal de La Plata-Huila, al momento de verificar el lote varios lugareños mostraron su molestia por la diligencia, lo cual la frustró en dos oportunidades.

Se anota que al preguntar por el punto conocido como la «Zanja del Diablo», que en el folio de matrícula inmobiliaria identifica el predio, los pobladores señalaron un lugar, pero de acuerdo con el técnico del Instituto Agustín Codazzi, Ingeniero David Montoya, que colaboró en tal acto, no coincidía con la información contenida en los planos[6].

La diligencia también continuó los días 3 y 7 de septiembre de 2010, y para la misma el Ingeniero David Montoya, quien se había entrevistado previamente con el anterior propietario del predio Acisclo Embus Hernández, y consultó que el predio «El Balsero» provenía de otro de mayor extensión denominado «El Pensil» de la antigua comunidad chilicambe, protocolizado en la escritura N° 210 del 17 de julio de 1960 en la Notaría de la Plata (Huila), estableció que el punto departida del predio «El Pensil», era la confluencia de la quebrada «El infierno» (según el plano) hoy conocida como Las Lajas por los lugareños, en tanto que la denominada «Zanja del Diablo» corresponde a la actual quebrada «Agua Blanca».

«Con la ayuda de cartografía del Agustín Codazzi se localiza la quebrada Agua Blanca en la confluencia de la Zanja del Diablo y la Zanja del Infierno, se determinó la coordenada en este punto y se verificó la descripción del plano en la fotografía aérea, posteriormente desde este punto en línea recta se determinó sobre la quebrada El Infierno una distancia de 1800 metros para localizar el mojón N° 1 que es punto de partida del lote N 6 denominado «EL BALSERO» el cual es el lote objeto de la diligencia. Posteriormente por la carretera al Rosal se fue verificando la existencia de las zanjas descritas en el plano con la fotografía y cartografía, hasta llegar a una distancia de 1900 metros del punto de interés. De allí bajamos hasta la quebrada El Infierno desplazándonos aguas abajo hasta localizar con ayuda del GPS los 1800 metros que estábamos buscando. En este preciso punto se localizó un salto de aproximadamente tres metros en donde confluye la zanja de poca agua. Este es el punto N° 1 del predio El Balsero. Desde este punto se puede hacer la localización del lote El Balsero con la descripción de distancias azimuth descritos en el folio 204-4670».

Se constató que el lote se encuentra ocupado con explotación agropecuaria y algunas reservas de montaña hacia las partes altas y el apoderado del municipio desistió de la medida de secuestro ante la presencia de colonos.

Posteriormente, la Juez Única Civil Municipal de La Plata, Sandra Liliana Correa Carreño mediante certificación jurada[7] destacó que gracias a la labor del ingeniero del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, con el plano cartográfico y la fotografía área del lugar y con un dispositivo GPS (sistema de posicionamiento global) se hallaron los linderos naturales descritos en el certificado de tradición del inmueble.

Explicó que en ese preciso lugar no percibió actos que hicieran presumir posesión material «Aclaro que hasta llegar al punto denominado La zanja del Infierno, que si no estoy mal hoy día cuanta con otro nombre, siempre caminé por terreno de vegetación espesa, yo podría decir que caminé junto con el personal de la diligencia por pura selva para encontrar el punto de partida. Si alcazo —sic— vi como una o dos fincas pero de ninguna de ellas salió nadie. Yo no me acuerdo de la extensión del terreno, pero si vi como reservas forestales, aclaro, es solo mi apreciación directa del lugar y

de lo que recuerdo. Si vi como zonas destinadas a agricultura, pero no podría establecer si ellas son constitutivas de actos de posesión de alguna persona, puesto que nadie salió a decir nada» y agregó que las personas que inicialmente salieron mostrando títulos de adjudicación de terrenos lo hicieron en un lugar diferente al finalmente hallado.

También afirmó: «no sé por qué motivos, tanto el primero como el segundo día que perdimos ubicando la famosa zanja del infierno, los lugareños nos llevaron a otro lugar como pretendiendo que no encontraríamos el predio... Lo que quiero decir es que las personas por el afán de que no les quiten sus predios y que ni se sabe si están incluidos en el predio El Balsero pretendieron hacer incurrir en error a la suscrita funcionaria para que muy seguramente diera por sentado que el predio sí existía pero en lugar diferente al que en realidad se encuentra o para que sencillamente dijera que el mismo no existía».

Así, aun de clarificarse que el predio sí existe físicamente, los vacíos probatorios también apuntan a si las personas que alegan ser adjudicatarios del INCORA están poseyendo precisamente la misma área del terreno enajenado, ello por cuanto no se hizo un cotejo de los linderos y coordenadas de uno y otros.

Esa insuficiencia demostrativa de los elementos de convicción, hizo que el ente acusador, pese a estimar que el lote no existía, lo catalogara como baldío, postura que mantuvo el juzgado, en tanto que el Tribunal puntualizó que el fundo tenía existencia jurídica y material y era un bien privado.

Es sabido que en materia civil los bienes inmuebles se clasifican en vacantes cuando se encuentran dentro del territorio sin dueño aparente o conocido (artículo 706 Código Civil), puede ser que hubieran estado en dominio particular, sólo que su propietario no se conoce, en tanto que son baldíos los que nunca han estado bajo el dominio del hombre, es decir, carecen de dueño.

Para los últimos, como pertenecen al Estado, es factible que particulares los adquieran mediante su ocupación, bajo parámetros y condiciones legalmente establecidos (como por ejemplo las leyes relacionadas con la reforma agraria 135 de 1961, 30 de 1988, 4ª de 1973 y 160 de 1994), cumplidos los cuales el otrora Instituto Colombiano de Reforma Agraria INCORA y ahora el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER mediante resolución los adjudican, título que de todas formas ha de ser inscrito en la oficina de registro de instrumentos públicos respectiva.

Aquí, el INCODER mediante oficio de 6 de junio de 2007[8] informó que “revisado el archivo documental misional recibido del INCORA EN LIQUIDACION no aparece como objeto de Programas de Reforma Agraria, un predio con el nombre de El Balsero, vereda Rosal, Municipio de la Plata», y luego el 15 de junio siguiente[9], al contar en su estudio con el certificado de tradición y libertad, reiteró que «al revisar a fondo y cuidadosamente el certificado antes anotado nos damos cuenta que en la tradición de más de 20 años, el INCORA en su oportunidad y nuestro instituto no tiene nada que ver con el bien inmueble lote N° 6 El Balsero, Municipio de La Plata, pues en ninguna de las anotaciones allí vistas aparece acto administrativo alguno proferido por estas instituciones INCORA, INCODER», sin embargo, la Fiscalía estimó que el bien había sido adjudicado por parte del INCORA a 4 o 5 familias, luego se trataba de un baldío.

En esa misma línea de pensamiento, el juez de primer grado para condenar a los servidores públicos como coautores del delito de peculado por apropiación (incluyendo la circunstancia de agravación basada en la cuantía), y al particular como interviniente, estimó que permitieron que salieran de las arcas municipales \$115.478,603,00 bajo la compra de un predio que aunque tenía vida jurídica en el folio de matrícula inmobiliaria, no existía materialmente.

Pero además, el reproche lo fundamentó en que al tener el fundo un área de 223 hectáreas y 2000 metros cuadrados, SILVINO ALARCÓN únicamente podía ofrecer en venta la mitad —esto es 111.5 hectáreas, 1.000 metros cuadrados—, ya que compartía la propiedad con Flora María Ortiz.

Así, analizó que si bien el contrato de compraventa entre SILVINO ALARCON y el municipio era válido, toda vez que el artículo 1868 del Código Civil, si la cosa es común o pro indiviso, cada persona puede vender su cuota aun sin el consentimiento de las otras, como aquí se enajenaron los derechos de cuota que tenía el vendedor, no podía vender una cantidad de área superior a la que le pertenecía, luego sólo el bien debió costar \$66.400.000,00 suma que correspondería a la mitad del avalúo de \$132.800.000.00.

La responsabilidad de los funcionarios municipales la predicó al considerar que de la simple lectura de los documentos se constataba que si SILVINO ALARCÓN había adquirido unos derechos de cuota, no podía vender más del 50% del predio, sin embargo, el jefe de la unidad de desarrollo rural en su concepto había dado viabilidad a la compra de 200 hectáreas y el avalúo fue de todo el lote, esto es, 223 hectáreas 2000 metros, situación que extrañamente no advirtió el asesor jurídico, quien debió estudiar no solo ese concepto técnico sino la tradición del predio, pese a lo cual también le dio vida al negocio.

Contrariamente para el Tribunal, el lote existe física y documentalmente, pues no sólo está inscrito en la oficina de instrumentos públicos de La Plata-Huila, folio abierto desde el 28 de enero de 1985, en el cual constan varias transacciones jurídicas que incluyeron la disposición del derecho de dominio, con cabida, linderos determinados, vereda a la que pertenecía, etc., sino que el mismo fue hallado materialmente.

El juez plural desechó la oposición que pudieran hacer los beneficiarios de titulación por parte del INCORA, por no aparecer inscritos. Además, tales adjudicaciones serían sobre un predio cuyo propietario privado era conocido, pero estimó que esa división material del bien por parte de campesinos de la región debería ser resuelta por la jurisdicción civil.

Por eso, criticó al a quo por partir de la inexistencia física del predio, y a la fiscalía por «adoquina —sic—, dado que predicó la inexistencia jurídica del bien al tacharlo de baldío, pues según argumentó el Instituto Geográfico Agustín Codazzi certificó que el terreno fue declarado en dicha condición y adjudicado por el INCORA en los años 80, circunstancia que no está probada dentro de la actuación, porque ni siquiera dicho ente agrario tiene registros del predio “El Balsero” así lo dio a conocer el INCODER mediante oficio N OET-8530 del 15 de junio de 2007 en donde estableció que dicha entidad nunca dispuso ninguna medida contra el citado inmueble».

Para el Ad quem, la venta correspondió a una parte de los derechos de cuota, no todo el predio, «de ahí que la tesis de que lo comprado no correspondía a lo que podía vender SILVINO ALARCÓN SALAZAR es incierta, porque la venta se hizo por el derecho que le asistía, situación que deja en el limbo las presuntas elucubraciones respecto de la ilegalidad de lo comprado, no obstante en Colombia la venta de cosa ajena es perfectamente válida».

En ese orden, el reproche penal lo basó solamente en que el valor otorgado al derecho de cuota vendido de \$115.478.603 al no ser un justo precio, desbordamiento que hacía responsables a los servidores públicos a título de culpa por no haber actuado diligentemente, porque el alcalde y su asesor jurídico debieron advertir que lo comprado era una cuota parte del bien y no su totalidad.

Y aquí, tal y como lo denuncia el apoderado de JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR, en los cargos cuarto y quinto de su demanda, se advierte la falta de consonancia fáctica entre la resolución de acusación y los fallos, que al constituir un yerro de estructura impone su análisis en primer lugar, porque en caso de prosperar haría nugatorio el análisis de las demás censuras.

En efecto, el defensor señala que en la resolución de acusación para el delito de peculado por apropiación se destacó que el predio adquirido por el municipio ya había sido previamente adjudicado por el INCORA a 4 o 5 familias y no existía materialmente, además, que la venta de cuota parte era delito, en tanto que los fallos modificaron el núcleo de los hechos a, punto que

finalmente el Tribunal sólo reparó en el valor pagado que estimó exagerado, aspecto este que no se detalló en la calificación sumarial.

Y en cuanto al ilícito atentatorio de la fe pública, subraya que en la acusación se le hizo consistir por la anotación en la escritura pública de una extensión del lote que no correspondía a la negociada, en tanto que el Juzgado la fundamentó en la cláusula relacionada con la entrega del bien, lo cual no correspondía a la verdad.

Ciertamente, el mayor valor pagado no fue objeto de análisis en la resolución de acusación, porque se cifró, además de lo baldío del bien, como ya quedó explicado, en que «en las condiciones en que se compró el inmueble por el ente territorial, estaba comprando un pleito y no un inmueble del cual pudiera inmediatamente ser señor y dueño a pesar de la escritura», y que sólo se requería saber leer para conocer los documentos, pues desde el folio de matrícula inmobiliaria se advertía que SILVINO ALARCÓN tenía un derecho de cuota sobre el inmueble, y conforme a la experiencia quien compra un inmueble se cerciora que esté libre de gravámenes.

En dicha providencia del precio sólo se indicó que los procesados no se percataron de lo extraño que resultaba que SILVINO ALARCÓN hubiera adquirido el predio seis meses atrás por sólo \$8.000.000,00 como lo manifestó Francisco Embus, aunque en la escritura aparecía por \$20.000.000 y lo terminara vendiendo al municipio en \$115.478,603, pero sin delimitar que el ente territorial pagó un mayor valor o que sólo se debió pagar por la mitad.

El asunto del precio fue abordado por el juez de primer grado cuando arguyó que el vendedor sólo podía disponer de la mitad del feudo, y Tribunal acotó que la suma pagada fue exagerada. «Existió una afectación al erario público, por cuanto se compró una cuota parte de un inmueble en una suma de dinero exagerada, que supera los márgenes de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, principios que orientan la contratación pública».

Aunque el Ad quem criticó que no se contaba con un avalúo, dado que no se compraba todo el bien, sino solo una cuota parte, estimó que de todas formas el precio no podía ser una suma cercana al valor total del fundo.

Y si bien el juez plural argumentó que la venta de cosa ajena es válida, lo cual no se discute, para el caso no sería esa la tesis a aplicar, porque se estaba ante una comunidad conformada por SILVINO ALARCÓN con Flora María de Ortiz quien figuraba previamente también como propietaria, y es sabido que tratándose de una comunidad el mismo derecho pertenece a dos o más sujetos conjuntamente.

En efecto, como es pro indiviso el derecho abarca a toda la cosa común, en otras palabras es una indivisión, por eso está consagrado legalmente el proceso divisorio de venta de cosa común para cuando el comunero quiere salir de esa indivisión a través de la venta del bien, momento en el cual el otro o los otros comuneros tienen la opción de adquirir la cuota parte de aquél, o en dado caso lo hace un tercero, debiéndose para ello hacer un avalúo a fin de determinar el precio del derecho y la proporción que ha de ser comprada por quienes estén interesados en esa adquisición.

Así, el artículo 1868 del Código Civil establece que si la cosa es común de dos o más personas proindiviso, entre las cuales no intervenga contrato de sociedad, cada una de ellas podrá vender su cuota, aun sin el consentimiento de la otra.

Pero la falta de congruencia fáctica también se advierte cuando en la resolución de acusación se predicó el delito de falsedad ideológica en documento público por haber consignado en la

escritura pública una extensión que no corresponde a la negociada, en tanto que para el juzgador de primer grado lo era por haber anotado en ese instrumento público «que se tiene por recibido el inmueble objeto del presente contrato a su entera satisfacción».

Para predicar que los aludidos documentos son verdaderos en su forma y origen, pero mendaces en su contenido al contener manifestaciones que no corresponden a la realidad acerca de un acontecimiento, en la calificación sumarial la acción falsaria se bifurcó así:

Al Alcalde RAMIRO PAREDES por «la protocolización de la venta del inmueble con estas irregularidades, evidenciándose principalmente la extensión que no corresponde a la negociada, contrariando la realidad».

Para el asesor jurídico JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR, «en razón a que con su intervención hizo que firmara la escritura RAMIRO PAREDES GONZÁLEZ».

Y respecto de ALDEMAR GUZMÁN, como Director de la Unidad de Desarrollo Rural del municipio por haber elaborado el estudio previo y por haber informado en noviembre de 2006 al Concejo que se había trasladado con SILVINO al terreno a divisarlo y ver sus linderos.

Finalmente, al vendedor SILVINO ALARCÓN, como interviniente de tales conductas.

Por su parte, para el juez de primer grado el atentado contra el bien jurídico de la fe pública se consolidó cuando se anotó en la escritura pública suscrita por el alcalde que «se tiene por recibido el inmueble objeto del presente contrato a su entera satisfacción» ya que tal afirmación no correspondía a la realidad.

En relación con JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR, porque «su intervención fue decisiva para que el Alcalde firmara la escritura, por lo que, aunque no aparece suscribiendo ningún documento, se sabe que elaboró la minuta, por lo que habrá de colegirse que fue quien determinó al burgomaestre a realizar la conducta antijurídica, siendo entonces coautor de la ilicitud —sic—.

Concerniente a ALDEMAR GUZMÁN, por haber elaborado el estudio técnico previo a la enajenación.

Y si bien, por ejemplo para el caso del asesor jurídico es dable estructurar el delito con el proyecto o elaboración previa del escrito, esto es, con la minuta de la escritura pública, ya que la confección del documento tenía relación directa con sus facultades y fue en virtud de ellas que lo extendió,[10] la falta de consistencia factual impediría estructurar el reproche penal. O sólo para él, sino para todos los aquí enjuiciados.

El siguiente cuadro comparativo ilustra la falta de consonancia aludida.

RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

FALLO DE PRIMER GRADO

FALLO DE SEGUNDO GRADO

Peculado por apropiación

Peculado por apropiación agravado

Peculado culposo

1.-El lote es baldío

fue adjudicado por el INCORA, a 4 o 5 familias.

2.-El lote no existe

3.-Fue venta de derechos de cuota.

4.-Se compró un pleito, no podía disponer del bien como señor y dueño, a pesar de la escritura.

1.-El lote está siendo ocupado

2.-El lote existe documentalmente, no físicamente.

3.-Era copropiedad sólo podía vender la mitad.

4.-Se pagó un mayor valor

1.-El lote no es baldío. Es privado.

2.-Lote existe física y documentalmente.

3.-El precio no fue justo

Alcalde debió revisar que compraba una cuota y no pagar por la totalidad

Jurídico debió dar mejor asesoría

Desarrollo Rural no responde penalmente

Particular: aprovechó la desidia de los servidores públicos

Falsedad ideológica en documento publico

Falsedad ideológica en documento público

No hay falsedad

Alcalde: Por anotar en la escritura una extensión que no corresponde.

Jurídico: Por revisar y aconsejar el negocio

Desarrollo Rural: Por el estudio previo y el informe al Concejo.

Particular: Interviniente

Alcalde: Por anotar en la escritura que el lote se tiene por recibido.

Jurídico: elaboró la minuta.

Desarrollo rural: Estudios previos.

Particular: Interviniente

No responden penalmente, se trató de una anotación que se suele hacer, sin capacidad de lesionar la fe pública.

No hay duda que la resolución de acusación se constituye en pieza fundamental del juicio. Así, conforme con los requisitos previstos en los numerales 1° y 3° del artículo 398 de la Ley 600 de 2000 bajo la cual se ritó el asunto, dicho acto ha de abarcar tanto la atribución fáctica y jurídica, lo cual impone detallar la conducta con todas sus circunstancias a fin de que de esa manera se refleje en la sentencia.

Al constituirse en el marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre el cual se soportarán el juicio y el fallo, es garantía para el derecho de defensa ya que el inculcado no podrá ser sorprendido con imputaciones que no haya tenido la ocasión de conocer y menos de controvertir, conservándose así la unidad lógica y jurídica del proceso.

Esa es la razón por la cual al juez le está vedado introducir hechos nuevos, suprimir atenuantes reconocidas, adicionar agravantes, mutar la especie delictiva cuando con tales acciones le hace más gravosa la situación al sujeto pasivo de la acción judicial penal, estableciéndose incluso en el mismo ordenamiento (artículo 404), la posibilidad de variar la imputación jurídica, más no la fáctica, en la fase del juicio, en aras de preservar las garantías del procesado para que cuente con la oportunidad de controvertir la acusación, incorporar nuevos elementos de juicio o suspender el proceso para analizar la nueva imputación.

Pero aquí es evidente que aunque no se mutaron los nomen iuris predicados a los procesados, unos fueron los hechos que motivaron la acusación y otros por cuáles fueron sentenciados (incluso en la sentencia se incluyó el factor agravante del delito de peculado por apropiación por razón de la cuantía que no fue considerado en la calificación).

Las anteriores precisiones le permiten a la Corte advertir, que las sentencias no se ajustaron en un todo a los términos de la resolución de acusación en cuanto a la imputación fáctica de las conductas estructuradoras de los delitos de peculado y falsedad, pues las mismas se fueron amoldando.

Y si bien la falta de identidad del aspecto fáctico conllevaría a adoptar los correctivos específicos, esto es, emitir decisión en la que se preserve tal marco, la insuficiencia probatoria, a la que alude el defensor de JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR impide emitir decisión de condena ora por el delito de peculado por apropiación, como lo pide el representante de la parte civil y la Delegada de la Fiscalía, o de peculado culposo, como lo hace el sujeto procesal no recurrente al solicitar que no sea casada la sentencia del Tribunal.

En primer lugar, porque para atribuir a título de dolo la apropiación de caudales públicos, como lo hizo el juzgado de primer grado no es posible probatoriamente acreditar que el alcalde y sus

colaboradores tenían ese conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal y además querían realizarlo al poner en manos de un particular los dineros estatales.

El representante de la víctima echa en falta la aprehensión de varias pruebas, tanto testimoniales, documentales e inspecciones judiciales, así como las indagatorias de los procesados, demostrativas todas ellas de la inexistencia física del predio enajenado, sin embargo, las mismas devienen vacuas, porque como ya se advirtió, el lote fue ubicado físicamente.

Incluso, sofisticadamente afirma que el Juzgado Único Civil Municipal, de La Plata-Huila al momento de practicar la diligencia de embargo del lote no lo encontró, dejando la anotación que podría ser ubicado a una distancia de 10 kilómetros, pasando por alto que al continuar la diligencia el citado despacho halló el lote identificando los linderos que reposan en el folio de matrícula inmobiliaria.

También, distante de la realidad procesal el citado libelista pretende sembrar sospecha en que el mismo día en que SILVINO ALARCÓN adquirió el predio le solicitó a la firma AVALTEC el avalúo, porque la anotación que obra en el informe de 17 de marzo de 2006 corresponde sólo a la fecha de la escritura que lo acreditaba como propietario.

La dificultad evidenciada por ubicar el terreno, hace pensar que en efecto SILVINO ALARCÓN lo compró sin saber los problemas jurídicos inmersos, por eso no pudo trasladar a los funcionarios públicos ese conocimiento.

La declaración de Rosario Embus Ramírez y su progenitor Acisclo Embus Hernández, clarifican un poco el asunto.

La primera advirtió que su padre desde hacía trece o catorce años le había dejado una tierra «pero esta propiedad fue como ficticia, yo tenía la escritura, pero siempre él fue su dueño, mi papá, yo nunca fui allá».

En tanto que el segundo[11] de 87 años de edad para cuando rindió la declaración (2 de febrero de 2007), señaló que hacía 40 años tenía un globo de terreno con 223 hectáreas en sociedad con Flora María de Ortiz, ya fallecida y que no sabía de la familia de ésta, y que efectivamente le había vendido a SILVINO ALARCÓN «la cuota de un derecho rural» que tenía sobre el mismo.

Agregó que en un principio lo explotaba con ganadería, pero por la violencia había dejado de ir hacía 25 años, que se lo ofreció a SILVINO por la reserva forestal de la quebrada La Esmeralda, a quien le entregó los documentos y como a los tres o cuatro meses firmaron la escritura, pero la suscribió su hija Rosario quien figuraba como propietaria.

A la pregunta de si había adjudicatarios en el fundo dijo «es un error del incora, no sé qué les adjudicaron, mis papeles están correctos, certificado de tradición, catastro y he estado pagando el impuesto predial, era dueño».

El propio declarante afirmó que le dio afán por vender su fundo, y que había recibido información de los vecinos «que iban a abrir pedazos para sembrar, gente que estaba haciendo trabajos en las

tierras, pero mandados por el INCORA, con las respectivas documentación —sic—, no sé cómo hizo eso. El lote como estaba bien y pagaba impuestos, no me preocupó».

Por su parte SILVINO ALARCÓN en la indagatoria[12] aseveró que al enterarse que el municipio estaba interesado en adquirir predios con nacederos de agua, le compró el predio a Acisclo Embus, quien lo tenía a nombre de la hija, luego lo ofreció al ente territorial, revisaron la documentación y se lo compraron, pero que fue al hacer la entrega al ente territorial cuando aparecieron unas personas con títulos de adjudicación del INCORA, situación ésta que en ningún momento le advirtió Embus. Añadió que sólo se enteró que otra persona figuraba también como propietaria, una vez empezaron los líos judiciales, pues de ello tampoco le dijo algo el vendedor.

Ahora, la premura con la cual el Alcalde y el vendedor deshicieron la compraventa, sin haber sido registrada en la oficina respectiva, cuando suscribieron una transacción en la cual éste se comprometió a reintegrar el dinero, y el hecho de que ante su incumplimiento el municipio le adelantó un proceso ejecutivo civil denotan también la ausencia de dolo de los procesados.

Recuérdese que la venta se constituye en el título traslativo de dominio, contrato para el cual basta el acuerdo entre cosa y precio. Tratándose de bienes inmuebles la tradición es la vía jurídica como se cumplen las obligaciones de dar, así, el artículo 740 del Código Civil la define como una de las formas de adquirir el dominio de las cosas, consistente en la entrega que de ellas hace el dueño a otro con la facultad e intención de transferir dicho dominio y la capacidad e intención de adquirirlo por parte de éste.

El artículo 1880 del mismo ordenamiento establece como una de las principales obligaciones del vendedor es la de entregar la cosa, lo cual conlleva hacer la tradición.

Bajo tal óptica, el negocio jurídico de compraventa se constituye en el título ya que tiene la aptitud jurídica para en abstracto atribuir el dominio, en tanto que el modo será efectuar la tradición de la cosa vendida.

Por su parte, el artículo 749 del citado estatuto privado establece que si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin cumplirlas y el artículo 1857 ibídem respecto de la venta de bienes inmuebles preceptúa que se reputará perfecta cuando se otorgue la respectiva escritura pública.

Y si bien para los inmuebles se establece la respectiva inscripción del acto en la Oficina de Instrumentos Públicos, tal y como lo ha precisado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, tal registro no forma parte de la solemnidad misma, pues cumple otros fines, como el de efectuar la tradición del derecho de dominio[13].

Con esta perspectiva, una es la tradición del derecho de dominio y otra la transmisión de la simple posesión, para lo primero es necesaria la inscripción del título traslativo en la respectiva oficina de registro, en las voces del citado artículo 756 del Código Civil), en tanto que esto último la entrega efectiva del bien, prevista en el artículo 740 del mismo estatuto privado[14].

Aquí, no es posible afirmar con la contundencia necesaria para condenar que los servidores públicos querían beneficiar a SILVINO ALARCÓN como particular, porque de haber sido así, no habrían celebrado la posterior transacción para que las cosas volvieran a su estado anterior al dejar sin efecto la compraventa, exigiendo a ALARCÓN la devolución del dinero y ejecutándolo incluso por la vía civil para obtener la totalidad del mismo.

No esta demás recordar que la Contraloría Departamental del Huila archivó las dos actuaciones fiscales que adelantó en contra de los servidores públicos tanto por el contrato de compraventa, como por el de transacción, según decisiones de 28 de diciembre de 2007 y 26 de enero de 2010, ratificada ésta en consulta el 5 de abril siguiente.

Además, no se les podría exigir a los procesados el deber de haber advertido que el inmueble pese a tener tradición privada, había sido tenido como baldío a efectos de su parcelación y entrega a colonos por parte del INCORA.

Con esta óptica, no es posible acceder a las pretensiones elevadas por la representante de la Fiscalía y el apoderado del actor civil, de casar el fallo a fin de que recobre plena vigencia la decisión de primer grado que condenó a los procesados como coautores de los delitos de peculado por apropiación agravado y falsedad ideológica en documento público.

De otro lado, en relación con la forma conductual por la cual el Tribunal emitió fallo, se advierte que se reprochó a los servidores oficiales el no haber revisado la documentación, pero tampoco el material probatoria permite afirmar categóricamente que obraron culposamente.

En efecto, allí al analizar la responsabilidad del alcalde y su asesor se concluyó que no había manifestación de un actuar doloso, ni se avizoraba el conocimiento y voluntad o acuerdo entre ellos de saber del proceder ilícito que tenía preparado el particular vendedor. Solo que como no cumplieron con su deber de indagar sobre la existencia, cabida y disponibilidad del lote incurrieron en una omisión culposa.

De manera que para llegar al delito culposo el Ad quem no lo hizo a partir del posible error en que actuaron los servidores del municipio para predicar que, dadas sus condiciones de funcionarios públicos y las circunstancias en que actuaron, estaban en posibilidad de superarlo y establecer así la vencibilidad del yerro en la medida que la modalidad delictiva del peculado culposo está prevista legalmente —*numerus clausus*—.

El Ad quem atribuyó de manera directa la forma conductual culposa al estimar el actuar negligente en cuanto no desplegaron alguna actividad en procura de investigar la existencia del lote, qué era lo que se vendía, cabida, precio, ubicación etc., debiendo ser más cuidadosos en la verificación de esos ítems.

Estableció así la culpa a partir de la acción, frente a la conducta esperada que debieron asumir los servidores públicos, por lo tanto, el resultado habría sido producto de la infracción al deber objetivo de cuidado.

A SILVINO ALARCÓN lo tuvo como interviniente, pero enfatizando en que se aprovechó de la desidia contractual de los funcionarios que intervinieron en la contratación y no informó la verdadera situación jurídica del bien.

De manera contradictoria ubicó al particular con rol principal y accesorio, pues lo catalogó como interviniente pero lo mostró como la persona que se valió de la inactividad de los servidores públicos para que sus planes económicos fructificaran.

Si el interviniente es un verdadero autor, sólo que por ser un extraneus al no reunir las calidades especiales exigidas en el tipo penal, como el ostentar la condición de servidor público, se entiende como forma atenuada su participación[15], la Corporación de instancia no logró estructurar cabalmente la ligazón con los servidores públicos, también coautores.

Si se pensara que para obtener su finalidad monetaria el vendedor exhibió los documentos y el avalúo del bien, ese impulso por la sola presentación de esos escritos no sería indicativo de la ligazón o relación con los funcionarios municipales, pues no se constituiría de por sí en un medio idóneo para transmitirles su intención criminal, al conservar su autonomía e independencia frente al actuar descuidado de ellos, ni menos puede servir de base para aseverar con contundencia que de allí se edifica el acuerdo común propio de la coautoría.

De manera que al no mediar prueba de la relación inicial para la realización de la conducta generadora de la culpa, tampoco es posible mantener la condena construida por el Tribunal.

Con este sorites, deviene diáfano que como lo depreca el defensor de JOSE ARVEY ÁNGEL TOVAR en los cargos cuarto y quinto de su libelo demandatorio, las falencias probatorias impiden sustentar su declaración de responsabilidad penal, por ello, se impone acudir al principio de resolución de duda en su favor al absolverlo del delito de peculado culposo, decisión que en virtud de lo normado en el artículo 229 de la ley 600 de 2000 se ha de hacer extensiva a los procesados RAMIRO PAREDES GONZÁLEZ y SILVINO ALARCÓN SALAZAR (este último como sujeto procesal no recurrente).

Por lo tanto, la Corte casará la decisión de segundo grado en lo que tiene que ver con la condena emitida contra los citados procesados y emitirá fallo de sustitución de carácter

absolutorio en favor de los procesados, dejando incólume la absolución que favoreció a ALDEMAR GUZMÁN VARGAS por los delitos peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, así como la absolución emitida por éste último ilícito en pro de RAMIRO PAREDES GONZÁLEZ, JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR y SILVINO ALARCÓN SALAZAR.

El juez de primer grado procederá a cancelar los registros y anotaciones que haya originado este diligenciamiento en contra de los enjuiciados.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. NO CASAR el fallo por razón de los cargos formulados en las demandas presentada por la Delegada de la Fiscalía y el apoderado de la parte civil contra la sentencia de 16 de diciembre de 2011 del Tribunal Superior de Neiva-Huila.

2. CASAR parcialmente la sentencia por razón del cuarto y quinto cargo formulados en la demanda elevada por el defensor de JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR.

3. ABSOLVER, como consecuencia de lo anterior, a JOSÉ ARVEY ÁNGEL TOVAR del delito de peculado culposo.

4. HACER extensiva la mencionada absolución a RAMIRO PAREDES GONZÁLEZ y SILVINO ALARCÓN SALAZAR.

5. MANTENER las decisiones de absolución de responsabilidad proferidas por el Tribunal en favor de los procesados.

6.-DISPONER que el juez de primer grado cancele los registros y anotaciones que contra los enjuiciados haya originado este diligenciamiento.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

[1] Rango modificado por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011 en cuanto se ha de aumentar en la mitad.

[2] Folios 362 a 365 cuaderno N° 1.

[3] Folios 293 y cuaderno original N° 2.

[4] Folio 434 y ss cuaderno N° 2

[5] Folio 190 cuaderno original N° 4.

[6] Folio 204 ídem.

[7][7] Folios 68-70 cuaderno N° 5.

[8] Folio 50 cuaderno original N° 2.

[9] Folio 59 ídem.

[10] Cfr. CSJ SP 5 marz 2014, rad. 36337

[11] Folio 117 cuaderno N° 1

[12] Folios 119 a 122 cuaderno N° 1 y 118 a122 cuaderno N° 2.

[13] Cfr. CSJ SC. 16 julio 1993, rad. 3269

[14] Cfr. CSJ SC 16 abril 2008, rad. 00050.

[15] Respecto de tal figura (CSJ SP 8 jul. 2003, rad 20704), se destacó que el interviniente no puede entenderse como un símil de partícipe, «ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición, también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí dónde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación».